

预
售
商
品
房
预
约
合
同
法
律
问
题
研
究

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X200408046

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

预售商品房预约合同法律问题研究

Research on the Pre-Contract Law Problems

for Advance Sales of Commercial Housing

陈 淑 香

指导教师姓名: 黄健雄 副教授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2007 年 11 月

论文答辩时间: 2007 年 月

学位授予日期: 2007 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2007 年 11 月

陈
淑
香

指
导
教
师
:
黄
健
雄
副
教
授

厦
门
大
学

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：陈淑香

2007 年 11 月 5 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（√）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：陈淑香

日期：2007 年 11 月 5 日

导师签名：黄健雄

日期：2007 年 11 月 5 日

内 容 摘 要

预约合同作为订立本约合同的前期准备行为之一，在实务中广为运用，尤其在商品房买卖活动中，房地产开发商为筹集资金、减少投资风险、促进商品房销售，更热衷于与购房户签订预售商品房预约合同，这在客观上起到活跃房地产市场的作用。最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条、第5条虽对预售商品房预约合同的认定和处理作出原则性的规定，但长期以来，预约合同制度特别是预售商品房预约合同制度在我国未受到应有的重视，理论界对此探讨仍不够深入明晰，在立法层面上也无有效体现，给司法实践中预售商品房预约合同纠纷的处理留下许多争议的空间，当事人对预约合同认识模糊，法官对预售商品房预约合同的性质及效力、如何判定承担违约责任、如何衡平当事人双方的利益等问题存在很多困惑，因此，预售商品房预约合同制度在我国的实务运用中并非成熟和精巧，具有从理论与实践的角度加以研究的必要。本文首先对预约的概念及立法例进行分析和考察，在此基础上对预售商品房预约合同的概念进行辨析，凸显预售商品房预约合同的法律特征，并对预售商品房预约合同的法律效力进行研究，探讨了预售商品房预约合同效力期间当事人的权利义务，明确当事人权利义务的具体内容，如实现交易义务、遵循诚信原则、尽力完成协商和谈判义务等。其次，结合审判实践，提出了我国预售商品房预约合同司法实践现状及难点，并对预售商品房预约合同司法实务的主要难点问题即违约责任进行分析。最后，从选择立法模式、加强物权保护、借鉴情事变更原则等方面对构建我国的预售商品房预约合同制度提出设想。

关键词：预售商品房；预约合同；制度构建

ABSTRACT

The pre-contract is one of the preparations for the conclusion of its contract. It is widely used in practical business, especially in the course of the commercial-housing purchase. Real estate developers are intent on concluding such a pre-contract with the purchasers of commercial housing in order that they can raise funds, reduce the risk of investment and promote the sale of commercial housing, which, in fact, activates the real estate market.

The Supreme Court of PRC (the People's Republic of China) has made principled regulations on the cognizance and settlement of the pre-contract for advance sales of commercial housing in Article 4 and Article 5 of “Judicial Interpretation on the Settlements of the disputes about Commercial-housing Purchasing Contract”. However, in our country, for quite a long time, the pre-contract system, especially the one for advance sales of commercial housing, has not been put in an important place as it should be.

Its theoretical study is not profound and clear enough, and it is not reflected effectively in legislation, this leads to many controversies over the settlements of the pre-contract disputes on advance sales of commercial housing. The parties concerned have a vague understanding of the pre-contract; the judiciary feel greatly confused about the nature and effect of this pre-contract, about how to judge the responsibilities for breach and how to balance the benefits for the parties concerned. Therefore, it is necessary to study the pre-contract system for advance sales of commercial housing from the perspective of theory and practice since it has not been applied skillfully to practical business.

In this thesis, it firstly analyzes the definition of “reservation” and the legislative examples, and based on this, it explains the definition of the pre-contract for advance sales of commercial housing, emphasizes its legal features and studies its legal effect; it also explores the rights and obligations for the parties concerned before the expiry date of this pre-contract, such as the implementation of obligations for transaction, the observation of the principle of credibility to carry out negotiation and so on.

Secondly, this thesis points out the present condition of the judicial practice in the pre-contract for advance commercial-housing sales and its difficulties in the

judicial practice, and meanwhile makes a further analysis of the responsibilities for breach which is a main and difficult task in the judicial practice of the pre-contract for advance commercial-housing sales. Finally, the thesis tries to come up with some ideas on building the pre-contract system for advance sales of commercial housing in terms of the legislative mode, the protection of property rights and the principle of changed circumstances according to the doctrine of frustration of contract.

Key words: Advance Sales of Commercial Housing; Pre-contract;
System Building

目 录

引 言	1
第一章 预售商品房预约合同的基本理论	2
第一节 预约的概念及立法例	2
一、预约的含义	2
二、预约的立法例	3
第二节 预售商品房预约合同概念辨析	5
第二章 预售商品房预约合同的法律效力	7
第一节 预约合同的效力基础及学说	7
一、预约合同效力的效力基础	7
二、预约合同法律效力的观点及评析	8
第二节 预售商品房预约合同的法律效力	9
一、预售商品房预约合同的法律效力	9
二、预售商品房预约合同效力期间当事人的义务	10
第三章 预售商品房预约合同司法实践现状及难点	12
第一节 我国预售商品房预约合同司法实践现状	12
第二节 我国预售商品房预约合同司法实践存在的难点	14
第四章 预售商品房预约合同责任	15
第一节 预售商品房预约合同违约责任	15
第二节 预售商品房预约合同的违约赔偿责任范围	17
一、信赖利益	17
二、履行利益	18
第五章 预售商品房预约合同制度的构建	20
第一节 预售商品房预约合同立法模式的选择	20
第二节 预售商品房预约合同的物权保护	21
第三节 情事变更原则的借鉴	24

结 语	27
参考文献	28

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

Foreword	1
Chapter 1 The Basic Theory for the Pre-contract of Advance Sales of Commercial Housing	2
Subchapter 1 The Definition of “Reservation” and the Legislative Models	2
Section 1 The Definition of “Reservation”	2
Section 2 The Legislative Models	3
Subchapter 2 The Definition of the Pre-contract of Advance Sales of Commercial Housing	5
Chapter 2 The Legal Effect of the Pre-contract of Advance Sales of Commercial Housing	7
Subchapter 1 What the Pre-contract Effect is based on and its Relative Theories	7
Section 1 What the legal effect of the pre-contract is based on	7
Section 2 Views and comments on the legal effect of the pre-contract	8
Subchapter 2 The Legal Effect of the Pre-contract of Advance Sales of Commercial Housing	9
Section 1 The Legal Effect of the Pre-contract of Advance Sales of Commercial Housing	9
Section 2 The obligations of the parties concerned during the pre-contract life period	10
Chapter 3 The Present Condition and Difficulties of the Judicial Practice in the Pre-contract for Advance Commercial-housing Sales	12
Subchapter 1 The Present Condition of the Judicial Practice in the Pre-contract for Advance Commercial-housing Sales in China	12
Subchapter 2 The Difficulties of the Judicial Practice in the Pre-contract for Advance Commercial-housing Sales in China	14

Chapter 4	The Responsibilities in the Pre-contract of Advance Sales of Commercial Housing	15
Subchapter 1	The Responsibilities for Breach in the Pre-contract of Advance Sales of Commercial Housing	15
Subchapter 2	Claims for Breach	17
Section 1	Obligations of Credibility	17
Section 2	Obligations of Implementation	18
Chapter 5	The Building of the Pre-contract System for Advance Sales of Commercial Housing	20
Subchapter 1	The Choice of the Legislative Mode for the Pre-contract of Advance Sales of Commercial Housing	20
Subchapter 2	The Protection of Property Rights in the Pre-contract of Advance Sales of Commercial Housing	21
Subchapter 3	Make Use of the Principle of Changed Circumstances	24
Epilogue		27
Bibliography		28

引 言

合同尤其是内容较为复杂的合同，其签订并非当事人一时就能决定的事情，而需要长久的谈判与磋商，当事人可能在签订合同前对该合同的有关事项进行预先规划和约定并达成书面的协议，这种预先约定的协议被称为预约合同，而拟订立的合同被称为本约合同。预约合同作为订立本约合同的前期准备行为之一，在实务中广为运用，尤其在预售商品房活动中，预售人为筹集资金、减少投资风险、促进商品房销售，更热衷于与预购人以认购、订购、预订等方式签订预售商品房预约合同，这在客观上起到活跃房地产市场的积极作用，但由于不动产立法不够完善，预售商品房交易不够规范，致使预售商品房预约合同纠纷不断增加。目前，预约合同制度特别是预售商品房预约合同制度尚未完整确立，理论界对此争议较大，当事人认识存在模糊，如何确定预售商品房预约合同的性质及效力、如何判定承担违约责任、如何衡平当事人双方的利益等问题成为法院处理预售商品房预约合同纠纷的难点。2003年4月28日最高人民法院公布的《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第4条、第5条虽对预售商品房预约合同的认定和处理作出原则性的规定，为人民法院正确认定和处理此类纠纷提供了一定的法律依据，但《解释》的规定仍过于笼统，不够全面，对上述难点问题未能统一或明确，因此有必要对上述难点问题涉及的预售商品房预约合同制度进行研究和探讨。本文试从司法实践与完善的角度，探讨上述预售商品房预约合同存在的法律问题，以期对预售商品房预约合同纠纷的处理有所裨益。

第一章 预售商品房预约合同的基本理论

第一节 预约合同概念及立法例

在商品房买卖活动中，购房户以认购、订购、预订等方式与房地产开发商签订预售商品房格式合同，对上述合同即“认购书”等的性质问题，理论和实务界仍有争论，主要有以下不同看法。（1）意向书说。认为“认购书”等合同仅对洽谈达成初步意向，并没有对将来商品房预售合同的内容达成一致意见，对双方当事人的权利义务没有法律约束力，是不具有法律效力的协议。（2）正式预售合同说。认为“认购书是开发商与购房人的真实意思表示，其内容已具备了合同的标的、价款等主要内容，且凭认购书即可实现对所确定房屋的买卖，实际是一份简化的预售合同，以后签订的合同不过是对认购书的细化和补充”。^①（3）附条件的买卖合同说。认为认购书为附条件的买卖合同。“开发商和认购人双方在签订认购书时常常对交房日期、办理房屋产权证的期限、商品房的质量标准、装修标准等尚不能确认，约定在签约条件成熟时双方再签订正式的买卖合同，故认购书为附条件的商品房买卖合同，其实质是等到认购书约定条件成熟时正式买卖合同才生效。”^②（4）担保合同说。认为认购书是担保合同，“认购书是为确保签订商品房销售合同而订立的定金合同，所设立的定金是订立商品房销售合同的担保。”^③（5）预约合同说。该观点认为，“认购书与正式预售合同的关系为预约和本约的关系。认购书是当事人订立的约定在将来订立一定合同的合同，符合预约的法律特征，是预约合同。”^④本文赞同预约合同说。本文研究的思路主要在于预售商品房预约合同相关法律问题，而研究此问题，首先应从研究预约合同的内涵开始。

一、预约的含义

“预约，或称预备性契约，是谈判当事人一方或双方为将来订立确定性本合

① 刘海东．预售商品房认购问题研究[A]．万鄂湘．民商法理论与审判实务研究（1）[C]．北京：人民法院出版社，2004. 130.

② 最高人民法院民事审判第一庭编．商品房买卖合同司法解释问答[M]．北京：法律出版社，2003. 32.

③ 王崇能．论商品房认购书的法律意义[J]．福建工程学院学报，2003，1（3）．

④ 同本页注①.

同达成的书面允诺或协议。”^①从实践看, 预约合同一般表现为意向书、允诺书、认购书、购买不动产定金票据, 原则协议等等。在不同法系的国家, 对预约含义有不同的表达。在大陆法系国家, “预约通常被认为是将来订立一定契约之契约。换言之, 预约是与本约相对的, 履行预约于将来订立的契约是本约, 缔约人因预约而负有缔结本约的义务。”^②在英美法系国家, 对预约有多种表述方式, 如“precontract”, 它的含义是指预约, 即订立契约前订立的契约。^③又如 letter of intend、agreement to agree、precontractual negotiation 等, 分别表示“意向书”、“同意进行协商的协议”、“订约前的谈判”等。在美国, 最早提出预约应当得到遵守的学者是范斯沃斯。^④从上述不同法系国家对预约概念的解释中可发现, 两者均肯定预约是相对后契约而言, 其作用是为订立后契约作准备, 是规范当事人订约谈判过程。但两者对预约的性质认识存在偏差, 大陆法系国家认为预约对当事人双方均有约束力, 英美法系国家则认为不管对当事人双方有无约束力, 在签订后契约之前所达成的协议均是预约。

二、预约的立法例

预约这一法律术语, 起源于古代罗马法。古巴比伦王国《汉穆拉比法典》第128 条有“倘自由民娶妻而未订合同, 则此妇非其妻”的规定^⑤; 对婚约问题, 还有诸多论述, 如: “婚约是指一男一女将来互为夫妻的预约, 在罗马, 婚约不是结婚的必经程序, 而习惯上人们都要在结婚前订立婚约, 罗马法上虽未规定婚姻必须有预约, 但对婚约的效力则作了规定。”^⑥“古罗马时代, 婚约盛行, 但法律效力有所削弱。……婚约达成后, 依约一方有交付其女给对方的义务, 对方有领受其女并与之成婚之义务, 但婚约无约束力, 一方毁约, 另一方不得强制履行, 也不得请求损害赔偿。”^⑦在当时的法律观念中, 人们已有预约的萌芽。但当时的这种身份权的预约性质与本文所探讨的债权性质的预约不同。随着法律理念的不断发展, 近现代大陆法系国家开始对预约进行专门规定, 1804《拿破仑民法典》最早对预约进行明确规定, 之后预约逐步被有些国家运用到买卖、借贷等合同中,

① 吴颂明 . 预约合同研究[A]. 民商法论丛.2002, (2) . 507.

② 史尚宽 . 债法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000. 12.

③ 元照英美法词典(修订版)[Z]. 北京: 法律出版社, 2003. 1077.

④ 傅静坤 . 二十世纪约法[M]. 北京: 法律出版社, 1997. 42.

⑤ 邱玉梅 . 婚约问题探析[J]. 法商研究, 2000, (5): 63.

⑥ 周月 . 罗马法原论(上)[M]. 北京: 商务印书馆, 1994. 184.

⑦ 同本页注⑤.第 42 页.

甚至扩大到所有合同。

纵观世界各国有关预约的立法，各国根据自己不同的特点采用不同的模式：

1、个别规定模式。一些国家如法国、日本等仅在买卖契约、使用借贷、消费借贷等个别契约中对预约作出特别规定，规定预约的形式、内容、效力、期限以及预约实际履行等问题。如《法国民法典》第 1589 条规定，双方当事人就标的物及其价金相互同意时，买卖预约即转化为买卖。第 1590 条规定，如买卖的预约以定金为之者，当事人任何一方均得以下列方式解除之：交付定金者，抛弃其定金；收受定金者，加倍返还其所受的定金。^①日本民法典第 556 条、第 589 条分就买卖、消费借贷的预约也进行规定。

2、一般规定模式。一些国家或在总则部分或单列章节专门对预约作出一般性规定。如《瑞士民法典》就在总则中对预约作出规定，该法典第 22 条规定：双方当事人可以通过合同形式约定在将来订立合同。法律为保护当事人而规定将来订立的合同采用特定形式始得生效的，预约合同也应当采用该种形式订立。^②又如秘鲁现行民法典第 1414-1425 条共计 12 个条文就预约的概念、给付内容、缔结本约的期限及其延续、拒绝缔结本约的法律后果、预约的方式等单设章节给予规定。还有澳门民法典第 404 条-407 条、435 条、436 条、745 条、820 条、1343 条，智利民法典第 1553、1554 条，墨西哥民法典第 2243-2247 条等进行类似规定。

3、模糊模式。该模式主要存在于英美法中。虽然 1893 年英国《货物买卖法案》中有买卖和买卖预约合同之分，但该预约特指期货交易，与本文所探讨的预约合同迥然不同。如前所述，英美法学者对预约有不同涵义的理解，产生对预约的模糊解释。此外，英美法系对价理论的根深蒂固，对不考虑对价因素的预约效力的接受成为争议问题。因此英美法系对预约的处理不同于大陆法系，没有对预约进行分别或一般性的规定。但“英美法中，一般而言，双方间在正式签署合同前所签不受拘束承诺性书面（noncommittal statement）文件仅属双方间对合同标的的谈判之一种立场表示。然而，若意愿书中将双方谈判之过程或条件叙述太明确时，则视为有拘束力之约定。”^③

① 法国民法典[Z]．李浩培等译，北京：商务印书馆，1979. 224.

② 瑞士民法典[Z]．吴兆祥等译，北京：法律出版社，2002. 5.

③ 杨桢．英美合同法[M]．北京：北京大学出版社，2000. 31.

第二节 预售商品房预约合同概念辨析

“商品房买卖认购书是商品房买卖合同双方当事人在签署商品房预售契约或商品房现房买卖契约前所签订的文书，是对双方交易房屋有关事宜的初步确认……认购书为商品房买卖的预约合同。”^①本文所研究的预售商品房预约合同是上述认购书（商品房买卖预约合同）其中一部分，即在签署商品房预售契约前购房双方当事人签订的认购书。因此，笔者认为，预售商品房预约合同是指商品房购房双方当事人在签署商品房预售契约前所签订的文书，是对双方交易预售商品房有关事宜的初步确认。预售商品房预约合同作为预约合同的一种，它不仅具备预约合同的性质，还显示其特有的特质。

一般来说，预售商品房预约合同应具备如下特征：

1、预售商品房预约合同是诺成合同。商品房购房双方当事人经意思表示一致后，为签署商品房预售契约而预先签订交易预售商品房有关事宜的确认文书，该预约的成立无须物的交付，只要当事人双方意思表示一致即可成立，属于诺成合同。

2、预售商品房预约合同是以实施缔结本约为合同标的。预售商品房预约合同与商品房预售合同的主要区别在于约定的合同标的不同，预售商品房预约合同是以实施缔结本约（即商品房预售合同）为合同标的，当事人负有依据预约合同内容订立本约的诚信义务。商品房预售合同是一种房屋买卖合同，其合同标的是合同约定的商品房，卖方负有给付商品房等合同约定义务，买方负有支付购房款等合同约定义务。

3、预售商品房预约合同内容应明确确定。“预约合同的内容应具有确定性。”^②预约是对将来的一种规划，其内容是未来签订本约的基础，因此，预约的内容必须包括本约必要条款且应当清楚明确，预售商品房预约合同更要如此。秘鲁、智利等国从法律上明确规定预约合同应包括本约的基本条件和基本内容，如《秘鲁民法典》第 1415 条规定，预约至少应包含本约的要素。预售商品房预约合同关

① 最高人民法院民一庭编著，最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释的理解与适用[M]. 北京：人民法院出版社，2003. 54-55.

② 刘俊臣，合同预约若干法律问题初探[J]. 法律适用，2002，（4）.

于商品房的具体方位、楼层、价格等本约必要条款应在预约中具体确定并经当事人达成合意，才能产生预约的意义，否则，预约内容不确定，当事人权利义务不明，预约的诚信义务无从谈起。

4、预售商品房预约合同属于债权合同，兼有不动产物权性质。预售商品房预约合同，是双方在签署商品房预售契约前对交易预售商品房有关事宜的预先约定，双方意思表示是明确的，具备合同法规定的合同成立的要件，因此其本身就是一种债权合同。“预约合同是独立合同，单独发生法律效力。”^①作为合同的一种自然应受《合同法》的调整，遵循《合同法》关于一般合同的原则和规定。商品房是一种不动产，其物权的变动需经登记公示方式始能产生法律效力，因此预售商品房预约合同关于物权的变动等条款还应受物权法及房地产有关法律法规和司法解释的调整，这种不同于普通预约的特殊性，使预售商品房预约合同无形中兼备不动产物权某些性质。由于商品房是一种特殊商品，其涉及约定的内容繁杂林总，只要双方如约洽谈，对预约合同约定的条款都同意作为购房合同的条款，且不存在恶意拒签购房合同的行为，就视为已经履行预售商品房预约合同的诚信义务。

^① 最高人民法院民一庭编著：《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释的理解与适用》[M]。北京：人民法院出版社，2003. 58.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库